

El «Ius Sepulchri» y la propiedad inmobiliaria

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Facultad de Derecho de Córdoba

SUMARIO

I. LAS BASES SOCIOLOGICAS DEL INMUEBLE-CEMENTERIO

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

III. TEXTOS LEGALES

IV. LOS CEMENTERIOS MUNICIPALES EN ESPAÑA

V. CEMENTERIOS PRIVADOS

VI. LOS DERECHOS DEL TITULAR SEGÚN LOS REGLAMENTOS Y ORDENANZAS MUNICIPALES

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE CEMENTERIOS Y SEPULTURAS

VIII. GESTIÓN DEL SERVICIO

IX. APORTACIÓN DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO A SOCIEDADES DE GESTIÓN

X. JURISPRUDENCIA

XI. URBANISMO FUNERARIO O LA ARQUITECTURA DEL SILENCIO

XII. LOS CEMENTERIOS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

I. LAS BASES SOCIOLOGICAS DEL INMUEBLE-CEMENTERIO

La egiptología nos enseña cómo la ordenación mortuoria del más allá se convierte en un objetivo de la vida terrenal, y la preparación de la tumba del Faraón-Dios produce el más colosal y sofisticado inmueble que ha sido capaz de crear el ser humano: la pirámide.

Desde los albores de las primeras civilizaciones el hombre ha sentido la necesidad de dar una digna despedida a sus semejantes.

Era normal enterrar al guerrero junto con sus armas, a la mujer con sus perfumes y a los niños con sus juguetes.

Explica PÉREZ GÁLVEZ¹ que los cementerios representan un subsistema orgánico dentro del sistema ciudad. La ciudad-dice-es un sistema abierto que intercambia constantemente materiales con el medio: hay un subsistema receptor y un subsistema excretor: recibe materiales nuevos y expulsa los que han de partir hacia el exterior (red de alcantarillado, desechos, residuos sólidos urbanos, etc.).

Con las naturales diferencias, también los hombres pueden ser considerados co-

¹ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho español*. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1997, págs. 42-43.

² PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho español*, cit. págs. 139 y 159 y ss.

³ Ley 30/1979 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. B.O.E. de 6 de noviembre de 1979, n.º 266.

⁴ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho español*, cit. págs. 45 y 73.

⁵ Vid. «Crónica» del Diario «El Mundo», de fecha 29 de noviembre de 1998, pág. 4.

⁶ DE VISSCHER, F. *Le droit des tombeaux romains*. Giuffrè Editore. Milán, 1963, pág. 65.

⁷ BONFANTE, P. *Corso di Diritto Romano*. Volumen II, La Proprietà, Parte I, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, págs. 304 y ss.

Señala GONZÁLEZ PORRAS, J.M. en *Familia, herencia y sociedad*, Ideor, Córdoba, 1993, págs. 111 y ss. que la inhumación en la propia ciudad era un honor que solamente se concedía en contadas ocasiones. El rito de la inhumación era normal, para determinadas clases sociales, en los últimos siglos del Imperio, pero en la época republicana y en los primeros siglos del Imperio los datos indican que lo habitual era la incineración, ya que la sepultura normal quedaba reservada para los pobres y esclavos.

mo materiales «inputs» o «outputs», en cuanto que entran y salen de la ciudad, lo cual requiere mecanismos de entrada y salida: maternidades y cementerios.

Esas diferencias² vienen marcadas por la naturaleza de la muerte como hecho jurídico, inscribible en el Registro Civil (artículos 273 a 283 del Reglamento del Registro Civil de 14 noviembre 1958), y por la naturaleza jurídica del cadáver y los derechos sobre el mismo: aprehensión o incautación no indemnizable de órganos y vísceras cadavéricas para su ulterior trasplante³. Lo cual lleva a plantear la cuestión de subsistencia del viejo dogma de la extracomercialidad e intangibilidad de la persona fallecida. Es decir, el respeto humano a los fallecidos, su inapropiabilidad, etc.

Es obligado atender a la base estadística de los cementerios:

En España hay más de 8000 municipios, 5000 de los cuales no superan los 1000 habitantes. Este elevado número de municipios, unido al muchas veces raquítico desarrollo de las obligaciones y competencias municipales, ha desembocado en la gestión privada del servicio funerario, generalmente por concesión administrativa, dando lugar a la oferta privada de modernos cementerios: aunque se defiende que el servicio funerario no debe someterse a las leyes de mercado, por respeto a las familias y a los difuntos, lo cierto es que existen y se construyen cementerios privados, complejos enclavados en verdes parajes, con tumbas, mausoleos y nichos en propiedad, siguiendo las más avanzadas tecnologías y conceptos arquitectónicos, que se ofertan con facilidades de pago. Por supuesto con las debidas autorizaciones municipales⁴.

Consecuencia de todo ello es la importante actividad industrial y el movimiento económico, incluso internacional, que se ha desarrollado en torno a dicha oferta. Las empresas funerarias cotizan en Bolsa y mueven más de medio billón de pesetas al año. Una empresa privada

española gestiona 21 cementerios, entre ellos los 13 de Madrid, y tiene intereses en una necrópolis de Hungría.

La salida a Bolsa permite a los inversores participar en una empresa con seis millones de potenciales «clientes». Estas empresas intervienen en la construcción de centros para incineración y en costosos panteones, de acuerdo con las modernas orientaciones arquitectónicas y costumbres mortuorias⁵.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. Derecho Romano

Etimológicamente, la palabra cementerio proviene del término griego «koiméterion», donde «koimao» significa lugar de descanso o dormitorio; y del latín «cimesterium», formado por «cinos» que significa dulce y «tenor», que puede traducirse por mansión.

«Las sepulturas -según las fuentes romanas- pertenecen a los dioses Manes. Evidentemente, sería inútil querer reducir esta pertenencia a alguna forma o categoría jurídica»⁶.

Sin embargo, estamos ante una realidad, a la vez religiosa y social, que impone límites formales al comportamiento de los humanos frente a las sepulturas, resultando un conjunto de reglas concernientes a la forma de uso, al derecho de disposición y a la adquisición de las sepulturas.

De los cementerios se tienen las primeras noticias en el siglo IV a.C. Aparece la tendencia a situarlos extramuros. Con la Ley de las Doce Tabas se establece la prohibición de cremar o enterrar cadáveres dentro de la ciudad, prohibición cuya causa se encontraba en motivos de seguridad pública, ya que pretendía evitar el peligro de incendios, especialmente grave en Roma, donde las construcciones eran básicamente de paja, madera y mantillo⁷.

Se aducen también motivos religiosos: que la presencia de los cadáveres contaminasen a los dioses que en la ciudad moraban. Esta ley llegó a olvidarse, pero ya en el Cristianismo Teodosio el Grande la restablece.

El antecedente de los cementerios fueron los «Collegia Funeraria», corporaciones de asociados que, además de constituir un fondo común, pagaban una cuota mensual para conservar un sepulcro que pasaba a ser de su propiedad.

Respecto de la naturaleza de las sepulturas⁸, eran «res religiosas», «res divini iuris», y por tanto, «res extra commercium», siempre que el cuerpo hubiera sido inhumado con la voluntad del dueño del terreno. Sin embargo, el sepulcro en el cual todavía no se ha inhumado ningún cadáver -«sepulcro puro»-, puede ser objeto de negocio jurídico y se encuentra sujeto al derecho común (C.I. III, 44, 10). Cuando el cadáver está enterrado -«sepulcro consagrado»-, los Dioses Manes (Diis Manibus Sacrum, D.M.S. o D.M.), se convierten en el dueño del lugar donde está sepultado. Si el cadáver se saca de la tumba, cesa la religiosidad del lugar.

El lugar religioso, está sustraído al comercio y como tal no es susceptible de derechos privados. No puede ser objeto de propiedad. Tampoco puede gravarse con servidumbre⁹, ni ser objeto de estipulación¹⁰, ni susceptible de posesión¹¹.

Sin embargo, si bien no era posible disponer del sepulcro¹², si cabía ceder el derecho de sepultura, que podía ser objeto de legado relativo al uso de la misma, siempre que la cesión se hiciera en concepto de liberalidad, no de compraventa¹³.

Por último, nadie puede reivindicar el sepulcro por derecho de dominio, pero si fue familiar, el derecho le corresponde a todos los herederos¹⁴.

2. España cristiana: el cementerio, competencia de la Iglesia

Con el Cristianismo, aparece la costumbre de enterrar en las iglesias, y la de situar los cementerios junto a éstas. Esta práctica ha sido corriente hasta mediados del siglo pasado. El Derecho Canónico consideraba el cementerio cosa sagrada, pero esta cualidad -afirma FERNÁNDEZ DE VELASCO¹⁵- no se desprende de sí mismo, sino de una relación jurídica que sobre el cementerio había de mantenerse por un sujeto que aquí es la Iglesia. A la Iglesia pertenecen los cementerios y la potestad de concesión de sepultura en ellos, salvo privilegios concedidos a algunas Órdenes religiosas para enterrar a sus hermanos.

El Libro de los Fueros de Castilla admite la posibilidad de transmisión de las sepulturas. En las Partidas se recoge la regla romana que se refiere a la posibilidad de enajenar cuando el sepulcro está puro porque no contiene ningún cadáver.

III. TEXTOS LEGALES

Pueden distinguirse dos clases de normas: por un lado, las que se refieren a la calificación jurídica de los cementerios como bienes de dominio público y, dentro de éstos, como bienes de servicio público; y por otro, las que tratan de cementerios y sepulturas desde el punto de vista de la sanidad y de la policía sanitaria mortuoria.

En el primer grupo se incluyen:

- Los artículos 339 y 343 del Código Civil, en cuanto definen los bienes de dominio público y dividen los bienes de las provincias y los pueblos en bienes de uso público y patrimoniales.

- La Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases del Régimen Local. Deben destacarse dos textos:

El art. 25 dice: «1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promo-

⁸ Inst. Gayo. II, 6.

⁹ D. 8,4,4. (Javolene. 10 ex.Cass.).

¹⁰ D. 45,1,83,5. (Paulo. 72. ed.).

¹¹ D. 41,2,30,1. (Paulo 15 Sab.).

¹² C.I. III, 44,9.

¹³ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág. 67.

¹⁴ C.I. III, 44,4.

¹⁵ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*, cit. pág. 100.

¹⁶ B.O.E. nº 196, de 17 de agosto de 1974.

¹⁷ B.O.E. nº 266, de 7 de noviembre de 1978.

ver toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. 2. El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...) j) Cementerios y servicios funerarios.»

El artículo 79.3: «3. Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público».

- El artículo 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio: «Son bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades Locales, tales como (...) cementerios...».

- El Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, cuyo artículo 7 determina: «Se atribuyen a los Municipios, en ámbito de esta Ley, las siguientes competencias: (...) j) Cementerios y servicios funerarios».

En el segundo grupo hay que citar:

- El Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio¹⁶.

- La Ley 49/78 de 3 de noviembre, de Cementerios¹⁷.

- Las Ordenanzas y Reglamentos Municipales reguladoras de las condiciones particulares de cada Municipio sobre las inhumaciones en cementerios.

Cuando hablamos de cementerios nos referimos, en general, a los cementerios públicos. Pero, a veces, se crean cementerios privados como solución a los problemas de espacio en los públicos, o como respuesta a las necesidades y deseos de determinadas colectivida-

des, caso de las comunidades procedentes de un país asentadas en otro.

El Código Civil regula en sus artículos 338 a 345 los bienes según las personas a que pertenecen. El artículo 339 señala en su párrafo segundo que «Son bienes de dominio público: ...los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público...». Sin embargo, el Código no es coherente con esta declaración en el artículo 343 en cuanto se refiere a los bienes de los municipios, ya que afirma que éstos son o de uso público o patrimoniales. Y ello, porque aún afirmando que los cementerios son bienes de dominio público, cabe preguntarse de qué dominio público estamos hablando, si del Estado, de la Provincia o del Municipio. Y la respuesta sería que por razón de la competencia, son bienes de dominio público municipal afectos al servicio público, por lo que ni son bienes de uso público ni patrimoniales.

Esta descoordinación entre ambos preceptos del Código Civil hace imprescindible acudir a otras normas civiles y sobre todo administrativas, que ofrecen un panorama mucho más claro: los citados artículos 79.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen y 41 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986: «Son bienes de servicio público... los cementerios».

Por tanto, los cementerios son bienes de dominio público y servicio público, o bienes de dominio público afectos a un servicio público.

En cuanto a las normas que tratan los cementerios desde el punto de vista de la sanidad y la salubridad públicas, hay que destacar el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974, que regula lo relativo a la clasificación sanitaria de los cadáveres; traslados; féretros, vehículos funerarios y empresas funerarias, temas que, en cuanto desbordan los aspectos inmobiliarios propiamente dichos, escapan al objeto de nuestro estudio.

Supone una auténtica revolución la Ley 49/78 de 3 de noviembre, de Cementerios, al eliminar de los cementerios municipales la diversidad de enterramientos «por razones de religión o cualesquiera otras» (art.1). Esta Ley refleja ya en su articulado los principios de la Constitución, recién aprobada por las Cortes el 31 de octubre.

IV. LOS CEMENTERIOS MUNICIPALES EN ESPAÑA

1. Antecedentes

La aparición de los cementerios municipales es relativamente moderna. Como relata FERNÁNDEZ DE VELASCO¹⁸, el primero del que se tiene noticia es el de Cartagena, en 1774, destinado a los esclavos moros que trabajaban en las obras del Arsenal, siguiéndole el del Real Sitio de San Ildefonso de 9 de febrero 1785¹⁹.

Pero se seguía enterrando en el interior de los templos, por lo que Fernando VII insiste mediante la Real Orden de 2 de junio de 1833, en la necesidad de construir cementerios. Se decía que los cementerios católicos los posee la Iglesia, el Estado «puede y debe construir cementerios para los infieles y para los que mueren fuera de la comunión de la Iglesia». Se admite que el carácter sagrado es fundamento del derecho de jurisdicción, pero no del derecho de propiedad, lo que quiere decir, que la Iglesia pueda intervenir en su gobierno, pero no permite decir a la Iglesia «que es suyo»²⁰.

Abierta la brecha de la intervención estatal o municipal, se aducen además razones de salubridad e higiene, y «para observar las reglas de ésta, es indispensable que la construcción y de consiguiente la propiedad, sean de las Corporaciones a cuyo exclusivo cargo corre aquélla»²¹.

La Ley de 8 de enero de 1845 previó la construcción generalizada de cementerios municipales. La inconveniencia de una competencia compartida entre la

autoridad civil y la canónica supuso el abandono de los cementerios oficiales del estado y católicos, y aún más de los aconfesionales.

Llegado el siglo XX, la proclamación de la República determina la secularización de los cementerios, que se recoge en la Constitución de 1931, cuyo art. 27 dispuso: «Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos».

No obstante, la problemática se debate entre una pretendida secularización de los cementerios y su proclamación como servicio municipal obligatorio, de una parte; y, de otra, la existencia de cementerios católicos, así como de cementerios privados, que aún hoy siguen existiendo.

La evolución legislativa posterior - aparte de disposiciones menores - se completa con la Ley de 30 de enero de 1932, que apuntaba la necesidad de una progresiva expropiación de los cementerios parroquiales, el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 27 de julio de 1974, y la Ley de 3 de noviembre de 1978, textos que examinaremos a continuación.

2. El cementerio como servicio público municipal

Dice PÉREZ GÁLVEZ²² que existe toda una tradición de la competencia municipal sobre la materia. La existencia de reglamentos y ordenanzas municipales que regulan el servicio de cementerios se remonta a finales del siglo XVIII: una Real Cédula de 3 de abril de 1787 establecía como modelo el reglamento del cementerio del Real Sitio de San Ildefonso.

Las Ordenanzas de Cementerios derivan de la autonomía de las Corporaciones Locales y son una manifestación típica de dicha autonomía. El Ayuntamiento ejerce una potestad que tiene un

¹⁸ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*, cit. pág. 134.

¹⁹ Se cita en la regla 6ª de la ley I, Título III de la Novísima Recopilación.

²⁰ F. REGATILLO, E. *Derecho Parroquial*, 40 edición. Editorial «Sal Terrae». Santander, 1965, págs. 451 y ss.

²¹ COVIÁN, V. «Cementerio». *Enciclopedia Jurídica Española*. Tomo V, Francisco Seix Editor, Barcelona, págs. 461 y ss.

²² PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. págs. 101, 312 y 313.

²³ Sala 4ª, Ponente: Excmo. Sr. Bruguera Manté. *A.R.J.*, 1986, 6420.

²⁴ MORELL OCAÑA, L. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Aranzadi Editorial. Pamplona, 1996, pág. 125.

²⁵ *Boletín* de 26 de noviembre de 1944, n° 331.

ámbito propio de ejercicio en la medida en que se trata de un servicio público de su competencia.

Desde el pasado siglo, es obligación privativa de los Ayuntamientos cuidar de que, en sus respectivos pueblos se construyan y conserven uno o más cementerios, en proporción del vecindario.

Actualmente, esta obligación municipal es recogida por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (art. 26.1.a) como un servicio mínimo a prestar por los Ayuntamientos por sí o por asociados. Se trata de un servicio público municipal que puede ser objeto de dispensa por parte de la Comunidad Autónoma (art. 26.2).

El Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1960 establecía (art. 50) la necesidad de que cada Municipio, sin excepción, debía contar con un cementerio dentro de su término municipal con una serie de servicios (art. 55): número mínimo de sepulturas vacías, horno para destrucción de ropas, horno crematorio en poblaciones de más de un millón de habitantes, etc.

El R.P.S.M. vigente de 1974 mantiene esta necesidad con algunas variantes, v.gr. la supresión de la referencia a un espacio para párvulos, o la entrada diferenciada para los que mueran fuera de la religión católica, que aquel contenía.

Dice, efectivamente, el art. 47 del actual Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria que «Cada Municipio habrá de tener, por lo menos, un cementerio adecuado a su densidad de población, autorizado por la Jefatura Provincial de Sanidad».

Resulta, en definitiva, que los cementerios, de una parte, son bienes de dominio público y servicio público; y, de otra, la obligación de su existencia y competencia sobre los mismos se encuentra atribuida a la Administración Local. Ello les otorga potestad para «organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia... que deben ejer-

cer con arreglo a la Ley de Régimen Local y a sus Reglamentos, y demás disposiciones de aplicación» (art. 30 del R.S.C.L. y Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1986²³).

Como afirma MORELL OCAÑA²⁴, esta situación la componen titularidades adecuadas para disponer la estructura y la dinámica de las actividades consideradas: potestad reglamentaria para configurar el servicio, poderes directivos para el caso que los particulares asuman una función gestora, y poderes de control del desarrollo de la actividad.

V. CEMENTERIOS PRIVADOS

Podemos preguntarnos si tendría la misma calificación el derecho que un particular obtiene sobre el terreno concedido en un cementerio público, que si se trata de un cementerio privado; así como si es también concesión el otorgamiento de áreas de terreno en los cementerios privados.

La Base 33 de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944²⁵ prescribía junto a la obligación de los Municipios de disponer de uno o varios cementerios católicos, y de cementerios civiles independientes de los católicos, la posibilidad de que existieran cementerios privados o particulares. Se prevén asimismo los enterramientos en iglesias y edificios públicos o privados. Señala además que la policía sanitaria del lugar en donde esté enclavado, ejercerá sus funciones en los cementerios privados o particulares.

El Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974 se refiere a los cementerios no municipales en los siguientes preceptos:

- El artículo 25 trata de las inhumaciones que no se verifiquen en cementerios comunes o de comunidades exentas, es decir, de determinadas colectividades a las que se exige de inhumar a sus miembros en los municipales.

- En el artículo 48, que prevé la construcción, previa autorización de la Dirección General de Sanidad, de cementerios para comunidades exentas de enterrar a sus miembros en cementerios comunes.

- El artículo 55 establece que, para la construcción, ampliación y reforma de los cementerios particulares o privados a que se refiere la base 33 de la Ley de 25 de noviembre de 1944, habrán de cumplirse los mismos requisitos que para los municipales, si bien su aprobación se concederá por el Ministerio de la Gobernación.

- Los artículos 57 y 58, prevén la posibilidad de destinar todo o parte del cementerio a otros usos cuando las condiciones de salubridad y los planes de urbanización lo permitan estableciendo las condiciones si se trata de cementerio municipal y si se trata de «cementeros concretos», así como la clausura tanto si es municipal como si se trata de cementerios privados o particulares.

- El artículo 61 establece que se regirán por su Reglamento de régimen interior tanto los cementerios municipales o mancomunados públicos como aquellos a que se refiere la base 33 de la Ley de 1944, y que tanto unos como otros tendrán un encargado de su administración.

En definitiva, el Reglamento prevé en varios preceptos la existencia de cementerios privados o particulares al amparo de la base 33 de la Ley de 1944. Sin embargo, y a pesar de estas determinaciones, el panorama es poco clarificador acerca de los cementerios no municipales.

Advierte ARGULLOL MURGADAS²⁶ que los cementerios particulares o privados no deben confundirse con los panteones y entierros en edificios de otros usos, ya que en ningún caso éstos podrían cumplir los requisitos o condiciones que todos los cementerios deben cumplir. La referencia de la base 33 a «la construcción de criptas o cementerios privados» -

señala- es a dos supuestos no equivalentes de titularidad privada, ya que los requisitos exigidos para los cementerios no son aplicables a las criptas.

La duda que se nos planteaba era dilucidar si de la detentación de una sepultura en un cementerio privado nace para el particular el mismo tipo de derecho que si se tratara de uno municipal.

La discusión acerca de la calificación del derecho del particular se suscita por el empleo de dos términos diferentes en la reglamentación derogada y en la vigente: enajenación y concesión. El Reglamento de 1960 establecía en su artículo 61 que «En los cementerios municipales corresponden a los Ayuntamientos los derechos y deberes siguientes: (...) b) La distribución y enajenación de parcelas y sepulturas». Por su parte, el Reglamento de 1974 ha sustituido el término enajenación por el de concesión, quedando la redacción del artículo 60 como sigue: «En los cementerios municipales corresponden a los Ayuntamientos los derechos y deberes siguientes: (...) b) La distribución y concesión de parcelas y sepulturas».

Sin embargo, si por concesión administrativa entendemos la habilitación a un particular para la gestión y/o la explotación de un servicio, no es en este sentido en el que se pronuncia el artículo 60 del R.P.S.M. de 1974, sino que más bien utiliza el término concesión en el sentido de otorgamiento de un derecho al particular. Así, el titular de la sepultura no tiene derecho a gestionarla ni siquiera a explotarla, sino que solamente tiene un derecho a usarla.

La utilización de la palabra enajenación ha llevado a sostener que se trata de una propiedad civil, es decir, que el titular de un derecho sobre la sepultura adquiriría el dominio pleno sobre ella, si bien, en algunos aspectos, bajo condiciones específicas: intervención administrativa en cuestiones relativas a policía, administración del cementerio, higiene, clausuras, traslados etc.

²⁶ ARGULLOL MURGADAS, E. «La iniciativa privada en un sector singular del ordenamiento sanitario». *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 22, octubre-diciembre de 1983, págs. 663 y ss.

²⁷ Hemos consultado:

- Reglamento de Cementerios del Ayuntamiento de Córdoba de 1903. Editado en 1950 por Imprenta La Verdad.

- Reglamento de la Empresa Municipal de Cementerios y Servicios Funerarios de Granada, S.A., publicado en el B.O.P., n.º 96 de 28 de abril de 1990.

- Ordenanza número 18, de 26 de octubre de 1990 «Reguladora de la concesión de derechos funerarios, prestación de los servicios de cementerios, conducción de cadáveres y otros servicios funerarios de carácter municipal».

²⁸ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. pág. 348.

²⁹ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. pág. 315.

³⁰ Cit. en PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. pág. 315.

³¹ Cit. en PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. pág. 315.

VI. LOS DERECHOS DEL TITULAR SEGÚN LOS REGLAMENTOS Y ORDENANZAS MUNICIPALES

Teniendo en cuenta las Ordenanzas Municipales²⁷, hemos extraído las siguientes conclusiones, en cuanto al derecho sobre la sepultura:

a) Naturaleza del derecho. Se trata de un derecho a usar una determinada unidad de enterramientos, sin adquisición de la propiedad sobre el suelo ni sobre las construcciones que no hayan sido realizadas por el titular.

Este derecho a usar, que no se corresponde con el derecho de uso que el Código Civil regula en los arts. 523 y ss., y que tampoco encuentra encuadre jurídico en la regulación de otros derechos reales típicos, podría afirmarse que viene a engrosar la categoría de esos nuevos derechos de uso «sui generis» o particulares que, con características propias, tienen su ubicación en el Derecho Civil.

b) Titular del derecho. Se plantea el problema que la persona que está inhumada en la sepultura no puede ser el titular del derecho, puesto que la muerte extingue la personalidad civil (art.32 C.C.), lo que le impide ser titular de derechos y obligaciones.

El particular solicita al Ayuntamiento o a la empresa gestora, en su caso, derecho de uso sobre una o varias unidades de enterramiento en un cementerio. Dicho particular se convierte en titular del mismo, designando en la solicitud uno o varios beneficiarios, que normalmente serán personas de la familia del titular. Cuando el derecho se adquiera a nombre de los dos cónyuges lo normal será que, fallecido uno, se entienda beneficiario el supérstite.

El titular puede designar beneficiarios tanto en el acta fundacional de la sepultura, como en testamento (lo que resultará del certificado del Registro de

Últimas Voluntades). En su defecto, parece lógica la aplicación de las normas de la sucesión intestada.

c) Duración de la concesión. Las concesiones de derecho de uso sobre parcelas en los cementerios pueden otorgarse con carácter temporal o perpetuo.

La duración de estos plazos la determinan las Ordenanzas Municipales en cada caso.

Sobre la transmisibilidad de las sepulturas, dice PÉREZ GÁLVEZ²⁸ que en las Ordenanzas y Reglamentos de cementerios (Almería, Valladolid, Madrid, Barcelona, Granada, Málaga, etc.) se contempla la transmisión de concesiones y derechos reales administrativos sobre las sepulturas.

Normas generalizadas suelen ser éstas:

- El titular del derecho funerario puede designar libremente a un beneficiario de la sepultura.

- Son transmisibles «inter vivos» y «mortis causa». En la transmisión «inter vivos» de sepulturas de construcción particular, no hay limitación, puede ser onerosa y hacerse a favor de cualquier persona, física o jurídica. Pero si no es de construcción particular, la cesión ha de ser gratuita y hacerse a favor de personas determinadas (parientes dentro de cierto grado).

La transmisión «mortis causa» se rige por las normas del Código Civil.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE CEMENTERIOS Y SEPULTURAS

Ilustra PÉREZ GÁLVEZ²⁹ que los cementerios se han calificado como establecimientos locales (R.O. 19 mayo 1882), dependencias municipales (Sentencia de 5 de noviembre de 1912³⁰) servicio público municipal (Sentencia 21 enero 1915)³¹, y como «espirituales» y,

por tanto, que están fuera del comercio de los hombres (Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de 23 de marzo de 1929)³².

El problema de la naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas tiene un antes y un después de la promulgación del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974³³, que consagra (art.47) la obligación de los Municipios de disponer de un cementerio, por lo menos, adecuado a su densidad de población.

Con este Reglamento, como señala TOLIVAR ALAS³⁴, los cementerios son un equipamiento más del municipio, se abandona el término «enajenación» de las sepulturas y se sustituye por el «concesión».

1. Dualidad de regímenes

Tema objeto de estudio en esta materia es la dualidad o no de regímenes jurídicos. La doctrina administrativista³⁵ rechaza la interferencia del Derecho Civil en el normal funcionamiento del servicio público, a pesar de que la Sentencia de 9 de octubre de 1960³⁶ afirma que la transmisión de sepulturas es competencia del orden civil. Se argumenta que no se trata de transmisión sino de concesión, y que es el Derecho Administrativo el que debe regular las transmisiones y divisiones sepulcrales. La intervención del Derecho Civil sólo estaría justificada cuando los litigios privados se libren sin necesidad de intervención de la autoridad municipal.

Aunque exista un pronunciamiento civil, la Administración puede oponerse siempre por razones de policía sanitaria.

Se tacha de arcaica la distinción entre la calificación del cementerio y el régimen jurídico de las tumbas, porque el cementerio como bien de dominio público afecto a un servicio público debe ser considerado en su conjunto. Y no puede hablarse de la existencia de un «iura in re aliena» porque los derechos reales limitados están concebidos para

las situaciones normales y no anormales del tráfico jurídico.

2. La propiedad de las sepulturas

Consecuencia de lo anterior es la tesis de que pensar en la propiedad privada de las sepulturas es absurdo.

LUNA GARCÍA³⁷ rechaza que sea un derecho dominical o un derecho subjetivo y lo estima como un derecho sui generis. Ni siquiera las sepulturas perpetuas tienen carácter dominical.

FERNÁNDEZ DE VELASCO³⁸ señala la dificultad en la jurisprudencia y en la doctrina para fijar la naturaleza jurídica de cementerios. Lo que se sabe es que no son propios, es decir, que como satisfacen una necesidad pública, son, por declaración administrativa, bienes de uso o de dominio público. Tratándose de los cementerios civiles, es «un espacio o superficie destinado a sepulturas y administrado por las Corporaciones públicas».

Son bienes propiedad de los Municipios, pero, ¿son de propiedad privada o de dominio público de los Ayuntamientos? Si fueran de propiedad privada, serían bienes patrimoniales, que «se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas del Derecho Privado» (art. 61.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por R.D. 1372/1986, de 13 de junio), lo cual llevaría a admitir que pueden ser objeto de actos jurídicos y están en el comercio.

A favor de la consideración de los cementerios como bienes de dominio público de los municipios cabe argumentar que no pueden imponerse servidumbres sobre los mismos ni ser objeto de contrato civil; que son inembargables, imprescriptibles y la expropiación es el medio requisitorio del terreno necesario. Los derechos que sobre ellos se constituyan a favor de sujetos individuales han de moverse en dos límites: que no destruyan el concepto de dominio

³² Cit. en FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*, cit. págs. 174 y 178.

³³ Decreto nº 2263/74 de 20 de julio. B.O.E. de 17 de agosto.

³⁴ «Los servicios mortuorios locales: cementerios y servicios funerarios», en *Tratado de Derecho Municipal* dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, Tomo II, Capítulo XXXIX, págs. 1571 y ss.

³⁵ Vid. TOLIVAR ALAS, L. *Dogma y realidad del Derecho Mortuario Español*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1983, págs. 75 y ss.

³⁶ Sala 4ª, Ponente: Excmo. Sr. González-Alegre y Ledesma. A.R.J. 1960, 3144.

³⁷ LUNA GARCÍA, A. «Cementerios y sepulturas», *Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal*, nº 4, diciembre de 1952, págs. 22 y 23.

³⁸ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*, cit., pág. 173.

³⁹ MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo III, 2ª edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982, págs. 225 y ss.

⁴⁰ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. págs. 335 y 342 a 344.

⁴¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Las relaciones jurídico-reales. Vol. III, Madrid, 1993, págs. 103 y 104.

público y que sigan dentro del dominio público.

3. La concesión de sepulturas

a) Doctrina General. El uso de la sepultura tiene como causa antecedente la concesión municipal de la respectiva parcela. La concesión es un acto reglado para la administración, sin requisito alguno previo por quien la solicite. Constituye una obligación suministrarla y, por tanto, es un servicio que no es compatible con la idea de propiedad privada.

La sepultura como objeto de derechos civiles se apoya en distintas opciones:

- La distinción entre cementerios privados, que darían lugar a acciones posesorias y estarían dentro del comercio por ser propiedad privada, y cementerios municipales.

- La propiedad adquirida en las perpetuas es absoluta y transmisible inter vivos y mortis causa, con la limitación única del uso a que se destina el terreno, que no puede ser otro que la inhumación, salvando los límites de una ley sanitaria.

- Es un derecho de uso. Las concesiones de sepultura son de uso temporal, no son un «ius in re aliena», porque el concesionario no puede disponer de su derecho para otro fin que no sea la sepultura.

Para MAYER³⁹ se trata de un permiso de uso, no un comodato ni concesión. Las concesiones de cementerios sólo son administrativas en su origen, en lo demás confiere un derecho de goce y uso que no puede enajenarse.

b) Doctrina española. En la doctrina española más reciente, debe citarse a PÉREZ GÁLVEZ⁴⁰, del que destacamos dos precisos puntos de vista sobre la cuestión tratada:

- La sepultura como concesión de dominio público. Los cementerios son bie-

nes de dominio público y cabe, bien considerar el otorgamiento de la sepultura como una concesión demanial (sobre la base del art. 60 del R.P.S.M. de 1974: «la distribución y concesión de parcelas y sepulturas corresponde en los cementerios municipales a los Ayuntamientos»; y al art. 79 del R.B.E.L.: «En ningún caso podrá otorgarse concesión o licencia alguna por tiempo indefinido, siendo de 99 años el plazo máximo de la concesión); o bien considerar cementerio y sepultura como un servicio público único, sin existencia de relación concesional (ya que, por imperativo de la ley el cementerio es un servicio público mínimo).

- El derecho sobre la sepultura como derecho real administrativo. Aunque su admisión admite dudas en la doctrina administrativista, hoy debe destacarse la opinión de Díez-PICAZO⁴¹, que admite su existencia con independencia de los derechos reales civiles, como consecuencia del disfrute de bienes de dominio público derivado de una concesión demanial.

El derecho real administrativo sobre la sepultura tiene un elemento activo, la persona física o jurídica, pública o privada, a la que se confía la situación de poder concreto; como en el resto de los derechos reales no existe un sujeto pasivo determinado; su objeto es la sepultura; y el contenido, el conjunto de facultades que se reconocen a su titular que, por tratarse de una dependencia de dominio público, está sometida los reglamentos de policía.

4. Aplicabilidad del derecho de superficie

En otros ordenamientos se recurre al derecho de superficie para explicar la naturaleza jurídica del derecho sobre la sepultura. En los artículos 287 a 289 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 (declarados en parte vigentes por la actual Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998), se permite que las entidades locales y demás personas pú-

blicas puedan constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo. Estos bienes (según el art. 280) deberán ser «destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico».

No parece que, sobre dichos presupuestos, el uso de sepulturas pueda responder causalmente a la previa constitución de un derecho de superficie: porque los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo no son bienes de dominio público, sino patrimoniales, «patrimonio separado de los restantes bienes municipales» (según reza el art. 276.2 vigente de la Ley del Suelo de 1992), argumento que sería suficiente. Pero, además, porque la expresión «a otros usos de interés social», junto al de «construcción de viviendas», parece aludir a otro tipo de construcciones, derivadas del «proceso de urbanización y edificación» (cfr. el citado art. 280).

5. Los tanatorios⁴²

Son los establecimientos funerarios habilitados como lugar de etapa del cadáver, entre el lugar de fallecimiento y el de inhumación y cremación, debidamente acondicionados para las prácticas de tanatopraxia, tanatoestética y para la exposición de cadáveres (art. 21 del Decreto 12/1995, de 10 de enero de la Comunidad Valenciana⁴³).

Han de responder a determinadas características arquitectónicas: de planta baja, salvo que el tanatorio sea el uso exclusivo; accesos independientes para personas y cadáveres; dependencias de estancia del público; etc.

Representan una actividad industrial-mercantil, que se presta habitualmente por las propias funerarias, aunque se trate de una edificación y unos servicios con entidad autónoma y que requieren licencia municipal independiente, aplicándoseles supletoriamente el R.P.S.M. de 1974.

El R.P.S.M. de 1974 (art. 46) prescribe su instalación en los Planes Generales y Parciales de Ordenación Urbana en los que se proyecten servicios públicos complementarios (escuelas, centros de culto, sanitarios, deportivos, etc.).

La determinación de su ubicación corresponde a las Corporaciones locales y -como ocurre con las grandes superficies- se trata de una de las empresas que generan efectos «sui generis» sobre el entorno.

VIII. GESTIÓN DEL SERVICIO

La Administración tiene la obligación de procurar y configurar el servicio público, pero no ha de asumir necesariamente la gestión del mismo, que puede llevarse a cabo por los particulares o mediante una forma mixta de organización donde se combina la intervención pública y la privada.

1. La gestión de servicios públicos locales en general

La Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (artículos 85 y 86) distingue entre servicios públicos locales y actividades económicas. Los primeros son los que «tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales». Los cementerios lo son, según el art. 47 del R.P.S.M.

El artículo 85 L.B.R.L. de 1985 señala que la gestión de los servicios públicos locales puede realizarse de forma directa: por la propia entidad local, por organismo autónomo local o por sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local; o de forma indirecta, que adoptará una de las siguientes formas: concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento, o mediante sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local.

⁴² PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. pág. 171.

⁴³ Sobre autorización para la instalación de tanatorios y requisitos mínimos de funcionamiento. *D.O.G.V.* n° 2435, de 25 de enero de 1995.

⁴⁴ Vid. SÁNCHEZ MARTÍN, A.-SÁNCHEZ GARCÍA, R. *Gestión directa de servicios públicos locales. En particular las sociedades mercantiles municipales*. Temas de Administración Local, n.º 46, Granada, 1992, pág. 95.

El Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, ratifica en su artículo 95.1 que «los servicios públicos locales... podrán ser gestionados directa o indirectamente, con las excepciones que se recogerán enseguida. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, sólo podrán ser ejercidos por gestión directa». Por su parte, el art. 103.1 dispone que cuando «el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada... y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local». Por su parte, el art. 104.1 dispone que «para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades locales utilizar las formas de Sociedad mercantil o cooperativa, cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la Entidad».

Veamos las limitaciones que supone la elección de una forma u otra.

Aunque el Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local de 1986 deja a la decisión de la propia Corporación la elección del modo de gestión del servicio (art. 95: «... podrán ser gestionados directa o indirectamente.»), sin embargo, se establecen algunas limitaciones:

1º) «... los servicios que impliquen ejercicio de autoridad, sólo podrán ser ejercidos por gestión directa», sin órgano especial de administración (art. 95.1 T.R.R.L. y art. 156.11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/95 de 18 de mayo).

Esta excepción se justifica por la propia naturaleza de aquellos actos que suponen ejercicio del «imperium» que deriva directamente de la propia soberanía municipal y que es indelegable.

No obstante, se citan excepciones a la regla general de que solo pueden ejer-

cerse por gestión directa los servicios que supongan ejercicio de autoridad. Por ejemplo, las funciones que los Municipios pueden otorgar a las Gerencias Urbanísticas Municipales, que implican ejercicio de autoridad: el señalamiento de rasantes y alineaciones; la concesión de licencias urbanísticas y el ejercicio de la inspección urbanística (artículo 19 del Reglamento de Gestión Urbanística).

2º) «Sólo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sea propiedad de ésta» (art. 95.5 L.B.R.L.).

3º) Obligatoriedad de prestación, por gestión directa o concierto, de los servicios relacionados con las actividades benéficas (art. 43.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955)⁴⁵.

2. Gestión de los cementerios

Se suele llevar a cabo:

- En forma directa: por la propia entidad local o sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local.

- En forma indirecta: por concesión o por sociedad mercantil cuyo capital pertenezca solo parcialmente a la Entidad Local.

A) Gestión por la propia Entidad local

En el *Manual de Gestión de los Servicios Locales* de 1955 disponía que «la gestión directa sin órgano especial de administración de servicios económicos municipalizados o provincializados sólo será aplicable a los previstos por el párrafo 2º del artículo 172 de la Ley (1955)». A su vez, el art. 172 de la L.B.R.L. establecía que la gestión directa se limitará a «los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado, mercados, mataderos, cementerios, recogida y aprovechamiento de basuras y farmacias municipales».

La gestión por la propia entidad local es para ALBI⁴⁵ la única forma de gestión directa, ya que en todas las demás se interpone algún órgano entre los normales del municipio y la gestión del servicio municipalizado o gestión directa pura.

Dentro de la gestión directa, esta se puede llevar a cabo por un órgano cualquiera de los que ya existen dentro de la estructura administrativa (gestión indiferenciada) o a través de un órgano creado especialmente al efecto (gestión por órgano especial).

En el caso de los cementerios, la modalidad más utilizada es la primera de las citadas, por cuanto intervienen: la Dirección General de Sanidad en lo que se refiere a autorizaciones para la construcción de necrópolis para comunidades exentas de enterrar a sus miembros en los cementerios comunes (art.48 R.P.S.M.) y el propio Ayuntamiento para determinar la zona o zonas destinadas a este efecto, así como las Comisiones Provinciales de Urbanismo que han de velar por el cumplimiento de esta obligación municipal (art.49 R.P.S.M.)⁴⁶.

B) Gestión por concesión

De las formas de gestión indirecta que se enumeran en el art.85.4 de la L.B.R.L. se suelen aplicar a la gestión de los cementerios la concesión y la sociedad mercantil mixta.

ARGULLOL MURGADAS⁴⁷ entiende que tiene también cabida la fórmula del concierto, en la que el Ayuntamiento prestaría el servicio a que está obligado a través de instalaciones propiedad de la iniciativa privada.

La fórmula más importante de gestión indirecta es la concesión, a través de la cual la iniciativa privada puede asumir la construcción de la obra y la explotación del servicio o únicamente dicho último aspecto (art.114 R.S.C.L.).

Para ARGULLOL MURGADAS⁴⁸ en el caso de la concesión los bienes e

instalaciones afectas o que constituyen el cementerio permanecen de titularidad pública y el concesionario únicamente podría transmitir subconcesiones, y el cementerio debería construirse y explotarse según las condiciones propias de los cementerios municipales.

Cuando hablamos de concesión nos podemos referir, bien a la concesión que la Corporación Local concede a un particular para la gestión del servicio público de cementerios; o bien a la concesión de que habla el art. 60.b) del R.P.S.M. de 1974 mediante la cual se produce el otorgamiento a particulares de derechos sobre parcelas y sepulturas en el cementerio, que es lo que ARGULLOL MURGADAS⁴⁹ califica de subconcesiones.

C) Gestión por sociedad mixta

Es decir, sociedad de capital público y privado. La elección de esta fórmula supone la aplicación de las normas de derecho privado, aun cuando haya participación pública en la sociedad.

Como afirma DE LA CUÉTARA⁵⁰, por la simple constitución con capital público no se la inviste de potestades administrativas (lo mismo si se trata de capital íntegramente público). En consecuencia, se crea una persona jurídica, de derecho privado por la confluencia de la voluntad de la Administración y de los particulares.

En cuanto a la duración de este tipo de sociedades, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local establece en su art.108.A) lo siguiente: «En los casos de prestación indirecta de la actividad, con la única excepción de los servicios concedidos, regirán las siguientes normas: A) Se fijará el término del convenio de acuerdo con las características del servicio, sin que en ningún caso pueda exceder de cincuenta años».

La Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas prevé en su

⁴⁵ ALBI, F. *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Aguilar, Madrid, 1960, pág. 91.

⁴⁶ Forma de gestión directa por la propia entidad local es la del Reglamento de Córdoba de 1903. Prevé una Comisión especial inspectora de Cementerios (art.88), que tiene como atribuciones desempeñar cualquier misión que en este aspecto le atribuya el Alcalde, intervenir y vigilar las obras, etc.; y los Capellanes de cada cementerio católico, con amplias atribuciones; Guardas; contabilidad de los cementerios, que se llevará a cabo por la sección correspondiente de la Secretaría municipal; etc. En Granada, la gestión se realiza por medio de una sociedad de capital íntegramente público: EMUCESA, Empresa Municipal de Cementerios y Servicios Funerarios de Granada, S.A.

⁴⁷ ARGULLOL MURGADAS, E. «La iniciativa privada en un sector singular del ordenamiento sanitario», *cit.* pág. 672.

⁴⁸ ARGULLOL MURGADAS, E. «La iniciativa privada en un sector singular del ordenamiento sanitario», *cit.* págs. 663 a 678.

⁴⁹ ARGULLOL MURGADAS, E. «La iniciativa privada en un sector singular del ordenamiento sanitario», *cit.* págs. 663 a 678.

⁵⁰ DE LA CUÉTARA, J.M. *La actividad de la Administración*. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 185.

⁵¹ SOSA WAGNER, F. *La gestión de los servicios públicos locales*. 1ª edición. Civitas. Madrid, 1992, pág. 148.

⁵² GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, Parte General: Conclusión. 9ª edición. Tecnos. Madrid, 1989, pág. 354.

articulado esta forma de gestión estableciendo como una de las modalidades de contratación la «sociedad de economía mixta en la que la Administración participe por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas» (art.157 d)). Sin embargo, esta Ley establece por lo que se refiere a la duración del contrato una duración máxima de setenta y cinco años (art.158).

Por su parte, el R.S.C.L. establece que las empresas mixtas, cuando a través de las mismas se gestione un servicio público municipal, se constituirán por un plazo que no exceda de cincuenta años, expirado el cual revertirán a la Entidad local su activo y pasivo, debiendo preverse en los estatutos la amortización del capital privado en tanto dure su gestión.

El art.140.2 permite que «en el acuerdo constitutivo podrán establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo».

Según SOSA WAGNER⁵¹, hay que tener en cuenta que solo autoriza especialidades internas, sin perjuicio de tercero, y en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta o la cooperativa, para asegurar el control público y la adecuada obtención de los fines públicos que la utilización de la forma jurídico-societaria persigue.

A tenor del art.104 del R.S.C.L., las empresas mixtas podrán quedar instituidas a través de uno de estos tres procedimientos:

1º) Adquisición por la Corporación de participaciones o acciones de empresas ya constituidas en proporción suficiente para compartir la gestión social.

2º) Fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados.

3º) Convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el estatuto por el que habrá de regirse.

Para GARRIDO FALLA⁵² una empresa es de economía mixta por el puro dato de que el capital social esté constituido con aportaciones públicas y privadas. Admite, por tanto, que pueda constituirse aportando la Administración únicamente la concesión del servicio, en cuanto es económicamente valorable.

IX. APORTACIÓN DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO A SOCIEDADES DE GESTIÓN

Si se trata de sociedades de gestión directa (art. 103.1 del Texto Refundido del Régimen Local de 1986) se exige que el capital sea aportado íntegramente por la Entidad local, sin expresarse la naturaleza de la aportación o bienes aportados.

Si se trata de sociedades o cooperativas de gestión indirecta, en las que el capital social solo parcialmente pertenece a la Entidad local, se exige expresamente que las Entidades locales solo pueden aportar la concesión, derechos, instalaciones, equipamiento o numerario, «siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales» (art. 104.3 del mismo Texto Refundido del Régimen Local de 1986).

Controvertido es el problema de la naturaleza de los bienes que pueden ser aportados, cuando es una sociedad mercantil la que se encarga de la gestión de un servicio público. Hemos partido de la base que el suelo sobre el que se asienta el cementerio es de dominio público, de manera que cuando la gestión del servicio se encomienda a una sociedad, aunque sea de capital íntegramente público, el Ayuntamiento ha de proceder a la aportación de dicho suelo a la empresa gestora.

En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

do de 15 de noviembre de 1988⁵³ se dan las siguientes circunstancias:

- Un Ayuntamiento, en unión de otras entidades particulares, constituye una sociedad mercantil⁵⁴, cuyo objeto es la gestión del servicio público de cementerio, integrando la aportación del primero, además de la concesión correspondiente, determinado terreno que, según el Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad aparece destinado a equipamiento comunitario, y en concreto, a cementerio, sometiendo la aportación al mismo límite temporal que juega como plazo resolutorio de la concesión y solicitando del Registrador que haga constar en la inscripción su adscripción obligatoria al servicio público de cementerio.

- El Registrador suspende la inscripción de la transferencia en propiedad del terreno y su adscripción al servicio de cementerio, por falta de previa inscripción de la concesión correspondiente a favor de la sociedad adjudicataria.

- La Dirección General de los Registros y del Notariado confirma el Auto del Presidente de la Audiencia sobre la necesidad de previa inscripción de la concesión, y rechaza la inscripción con la afección referida a favor de la sociedad mixta concesionaria de la gestión del servicio, declarando que no cabe pretender, por cuanto constituiría una burla del régimen jurídico del dominio público local, y en especial del art. 51 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (que declara inalienables, inembargables e imprescriptibles y no sujetos a tributo alguno los bienes de dominio público) que un bien patrimonial que debe ser afectado a un uso o un servicio público, se transmita, en cuanto tal, a un particular, pero con la condición de que éste opere esa afectación por tener concedido o concedérsele simultáneamente la gestión del servicio correspondiente; esta afectación implica demanialidad y es incompatible con la titularidad privada del bien, y sólo procede la afectación al cumplimiento de fines públicos respecto de los bienes de

titularidad pública (artículos 113 a 116 de la Ley del Patrimonio del Estado; 214 a 217 del Reglamento del Patrimonio del Estado; 79 de la Ley de Bases de Régimen Local y 2º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), debiendo ser expropiados previamente si pertenecen a particulares (art. 33 de la Constitución Española y art. 1º de la Ley de Expropiación Forzosa).

Antecedente de esta doctrina encontramos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985⁵⁵, en el recurso gubernativo interpuesto por el Ayuntamiento de Las Palmas contra la negativa del Registrador Mercantil a inscribir la escritura de constitución de la «Empresa Municipal de Aguas de Las Palmas, Sociedad Anónima». La Dirección declaró:

- «... no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues ello se opone tanto el que el régimen del dominio público repele que pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como el que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público (Primer Considerando);

- que, en efecto, por su naturaleza, los bienes de dominio público son inalienables, y, por tanto, no pueden ser transferidos a una sociedad por vía de aportación, y no se diga que, en realidad, en esta aportación no hay cambio efectivo de titularidad, invocando que el Municipio es el único dueño de todas las acciones, porque aparte de que la sociedad constituida pasaría a ser formalmente un ente distinto, se trata, sobre todo, de un ente que, en su actuación, va a quedar sujeto básicamente al Derecho Mercantil y supletoriamente al Derecho Civil (cfr. arts. 2º del Código de Comercio y 4º.3 del Código Civil)...» (Segundo Considerando).

Esta Resolución ha motivado el interés de la doctrina en este punto.

⁵³ B.O.E. de 21 de diciembre de 1988.

⁵⁴ Se trataba de PARQUE CEMENTERIO DE MÁLAGA, S.A. PARCEMASA, empresa concesionaria del servicio de cementerios en Málaga.

⁵⁵ A.R.J. 1985, 4492.

⁵⁶ ROMERO HERNÁNDEZ, F. «La Empresa Privada Municipal y los bienes de servicio público». En *R.E.D.A.*, n° 47, julio-septiembre 1985, págs. 377 y ss.

⁵⁷ MENÉNDEZ GARCÍA, P. «Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público» (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985. En *R.E.D.A.*, n° 47, julio-septiembre 1985, págs. 419 a 424.

⁵⁸ MONGE GIL, A.L. «La aportación de bienes de dominio público a la sociedad privada municipal» (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985). *R.D.M.*, n° 181-182, 1986, págs. 467 a 494.

⁵⁹ Sala 4ª, Ponente: Excmo. Sr. Medina Balmaseda. *A.R.J.* 1971, 157.

⁶⁰ Sala 4ª, Ponente: Excmo. Sr. Marín Ruiz. *A.R.J.* 1985, 5955.

ROMERO HERNÁNDEZ⁵⁶ señala que la afectación es lo importante, pues implica poderes de control que acompañan a las cosas aportadas, por lo que para este autor, la solución más simple sería asegurar su intracomercialidad por el sencillo expediente de realizar una declaración formal de la desafectación de esos bienes. Sin embargo, continúa afirmando, un pronunciamiento de desafectación no resuelve la necesidad de la presencia de un régimen jurídico propio de bienes que, por estar afectados de hecho al servicio de la comunidad, requieren de una protección jurídica especial, que se concreta en el ejercicio de las potestades necesarias para la preservación del interés colectivo en cuanto a los bienes necesarios para la prestación del servicio.

Sobre el tipo de negocio que se realiza con la aportación de bienes que ya están afectados a un servicio público lo califica de transmisión, mientras que otros autores hablan simplemente de aportación o de adscripción.

En opinión de MENÉNDEZ GARCÍA⁵⁷ los bienes de dominio público no son susceptibles de aportación a una sociedad privada municipal o provincial, por la sencilla y elemental razón de que no pueden cubrir en ningún caso la función de garantía, propia del patrimonio social en dichas sociedades. Si la aportación de bienes a una sociedad es un acto traslativo de dominio, la inalienabilidad propia de estos bienes actúa como causa desencadenante de la nulidad del indicado negocio de aportación, siendo además una nulidad de pleno derecho, y por ello insubsanable. Propone como solución, bien la desafectación de dichos bienes, bien que la aportación sea de derechos no dominicales sobre las dependencias demaniales.

MONGE GIL⁵⁸ pone el acento en la desafectación, que señala, debe realizarse mediante un acto formal, y afirma además que existiendo bienes afectos siempre a un servicio o uso público, lo único que no puede desaparecer es la

prestación del servicio, pero la forma o los medios con que éstos sean llevados a cabo por una Entidad Local, es una cuestión independiente.

X. JURISPRUDENCIA

Limitándonos a los aspectos afectantes al Derecho Civil, puede extraerse de la Jurisprudencia española la doctrina sobre el uso de cementerios que, convencionalmente, agrupamos en el esquema que sigue.

a) La materia está afectada por una dualidad de regímenes: civil y administrativo.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1971⁵⁹.

Afirma el Tribunal: «... al lado del derecho de propiedad privada de los nichos o panteones situados dentro del Cementerio Municipal que pudieran haber sido adquiridos por particulares y que indiscutiblemente están sometidos al Derecho Civil y al exclusivo conocimiento de los tribunales ordinarios, no se puede desconocer la innegable competencia que en el orden administrativo corresponde a los Ayuntamientos para organizar y dirigir un servicio público cual es el de enterrar a los muertos y regular el uso de los bienes adscritos al servicio público, entre los que se encuentran los Cementerios municipales. De la misma manera que una licencia o autorización administrativa no puede perjudicar el poder jurídico que en el orden civil puede tener un tercero, que siempre podrá hacerse valer ante la jurisdicción a quien vienen atribuidos su conocimiento y protección.»

- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1985⁶⁰.

Se produce la declaración de nulidad del expediente administrativo de cambio de titularidad de sepultura por haberse omitido el trámite de audiencia de los interesados.

El recurrente califica la situación en que se encuentran los hermanos del fallecido titular de la sepultura de comunidad familiar limitada de bienes.

Por escapar del ámbito de la jurisdicción contenciosa, el Tribunal reserva a los interesados las acciones que pudieran corresponderles en el orden civil.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993⁶¹.

Es doctrina común que en la regulación de las sepulturas conviven derechos privados y disposiciones de derecho público, pues al lado de la propiedad privada de los nichos o panteones situados en un cementerio municipal, y que están sometidos al conocimiento de los tribunales civiles, existe una innegable competencia del orden administrativo que corresponde a los Ayuntamientos para organizar y dirigir un servicio público.

b) La sepultura no es totalmente una «res extra commercium», pero existen restricciones a su inscripción en el Registro de la Propiedad por su inenajenabilidad y prohibición de transmisión onerosa.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1978⁶².

Es errónea la tesis de que la propiedad funeraria es un bien totalmente «extra commercium». Si antiguamente las sepulturas eran cosas religiosas, especie de «res sacrae», en el derecho moderno están sometidas a la regulación administrativa encomendada a los Ayuntamientos, por lo que la normativa sobre la transmisión de la propiedad funeraria se regula en las disposiciones emanadas de tales órganos administrativos.

En Barcelona, la regulación administrativa municipal -Ordenanza de 30 de diciembre de 1959- reconoce la libre designación por el testador de sucesor en tal propiedad. Dicha Ordenanza prevé que la transmisión de sepultura de cons-

trucción particular se inscribirá a favor del beneficiario asignado sea por el causante o por acuerdo unánime de los coherederos, lo que no media en el caso de autos, y siendo así, previene que se divida la sepultura en tantas partes o porciones como departamentos individualizados existieren adjudicándose a cada uno de los herederos uno o más de aquellos, quedando las instalaciones comunes en condominio de todos los nuevos titulares con obligación de costear los gastos que afectan a la sepultura en proporción al número de departamentos.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1991⁶³.

Las concesiones administrativas son en nuestro derecho bienes inmuebles, por lo que dicho carácter implica la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante, la concesión funeraria está sometida a fuertes restricciones dada la inenajenabilidad de esta clase de bienes y la prohibición de que sean transmitidos a título oneroso. Además, una enajenación a perpetuidad no significa una enajenación del bien, pues el Ayuntamiento conserva íntegramente las facultades de policía mortuoria.

c) Las concesiones de dominio público son derechos reales, los derechos sobre la sepultura son de titularidad privada y ambos son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1991⁶⁴.

Declara:

Que en nuestro ordenamiento las concesiones de dominio público son derechos reales que según la legislación común resultan susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Que los derechos sobre la sepultura son derechos de titularidad privada inscribibles en el Registro de la Propiedad y pueden transmitirse también «mortis causa».

⁶¹ Sala 1ª, Ponente: Excmo. Sr. González Poveda. A.R.J. 1993, 7654.

⁶² Sala 4ª, Ponente: Excmo. Sr. Martín del Burgo y Marchán. A.R.J. 1978, 734.

⁶³ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Baena del Alcázar. A.R.J. 1991, 8665.

⁶⁴ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Baena del Alcázar. A.R.J. 1991, 1793.

⁶⁵ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata Pérez. A.R.J. 1992, 8850.

⁶⁶ Ponente: Ilmo. Sr. Escoto Ferrari. R.G.D. 1995, 12321.

⁶⁷ Ponente: Ilmo. Sr. De la Hoz de la Escalera. Ar.Civ.Audiencias, 1994-II, 1457.

⁶⁸ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Baena del Alcázar. A.R.J. 1994, 8268.

Que como ha declarado la S.T.S. de 11 de julio de 1989, en la regulación de las sepulturas conviven derechos privados y disposiciones de Derecho público, dada la singularidad y funcionalidad de esta clase de bienes.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1992⁶⁵.

Los derechos de sepulturas son supuestos de un uso privativo normal del dominio público. Los derechos de propiedad sobre nichos y panteones a perpetuidad deben ser respetados. No pueden modificarse por una reglamentación municipal posterior. Prevalencia del ordenamiento jurídico administrativo sobre el ordenamiento privado, por lo que la potestad municipal de dejar sin efecto una concesión puede también operar en casos de derechos adquiridos. Esta privación debe operar como una expropiación de derecho de sepultura futura.

d) Derecho de copropiedad entre coherederos

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 25 de noviembre de 1994⁶⁶.

Según informes del Secretario del Ayuntamiento, se niega la cotitularidad del panteón a una de las primas (lo habían tenido en cotitularidad sus padres, que eran hermanos, originariamente de sus abuelos), por tratarse de una concesión administrativa, donde no cabe hablar de cotitularidades, no transmisible por herencia, y que no puede concederse por tiempo indefinido. La ordenanza del Ayuntamiento exige para que se opere la transmisión mortis causa por cambio de titularidad funeraria, la prueba de la voluntad del titular por testamento o declaración de herederos. Pero la solicitud de la actora se presentó al Ayuntamiento todavía bajo la misma ordenanza que concedió su derecho a la demandada, por lo que hay que estimar que al encontrarse bajo las mismas condiciones, hay que reconocerle la cotitularidad a la actora, normativa que no exigía la prueba de la voluntad del titular, sin

perjuicio de que las dos cotitulares discutan sus diferencias ante los Tribunales civiles en cuanto en los derechos funerarios, precisamente por el aspecto concesional del uso del suelo del cementerio, prevalecen otros derechos de innegable valor ético y religioso que por su complejidad únicamente pueden resolverse por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Civil.

e) La norma puede determinar la intransmisibilidad «mortis causa» de la concesión de sepultura.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de septiembre de 1994⁶⁷.

La pretensión del actor es que se le reconozca como único titular del derecho a una sepultura en un cementerio católico. El actor califica su derecho como de naturaleza real y transmisible mortis causa y lo afirma adquirido por sucesión testamentaria.

Nos encontramos ante un derecho atípico, carente de regulación legal y cuyo contenido solo puede conocerse a través de las normas de procedimiento del Obispado de Santander, de las que se desprende que las concesiones de sepulturas no es un derecho transmisible mortis causa.

f) Transmisión en propiedad: principio de irretroactividad

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1994⁶⁸.

Producida la enajenación de una sepultura válidamente, conforme al Reglamento de 1960 (que reconocía la posible transmisión en propiedad de los nichos), el municipio no puede modificar los derechos de los particulares aplicando disposiciones posteriores a las que se encontraban vigentes al producirse la transmisión de la sepultura.

g) Pueden coexistir dos titularidades sobre el cementerio

- Sentencia de 7 de abril de 1992⁶⁹. Coexistencia de dos titularidades.

Llama la atención la manera en que está constituido el cementerio de Alcobendas: un sector gestionado y administrado por la empresa PARCESA, y otro de titularidad municipal, que podría ser gestionada por el Ayuntamiento o de modo indirecto mediante adjudicación a PARCESA, o por otro medio de gestión indirecta. Se trata de suelo no urbanizable.

h) La Parroquia es la propietaria de los cementerios parroquiales

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1991⁷⁰.

Cementerios parroquiales son aquellos cuya entidad propietaria es la parroquia y cuya administración la gestiona el sacerdote encargado de la misma (Galicia). Si se trata de solicitar un cementerio particular la solicitud debe hacerla una asociación sin ánimo de lucro y legalmente constituida.

i) La necrópolis-parque, inmueble del moderno urbanismo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1991⁷¹.

Los cementerios supramunicipales son aquellos que pretenden satisfacer las necesidades de enterramiento de varios municipios.

En el campo del urbanismo, es característico como se construye este cementerio, como una necrópolis-parque, concebido como zona verde con un aspecto exterior absolutamente distante y distinto de los tradicionales campos santos, y además de los usos habituales y accesorios, con crematorio, sala de conferencias con aulas, cafetería, pequeños comercios, almacenes, aparcamiento para 200 vehículos y hasta un lago artificial.

j) Caducidad del derecho: pago de tasas

- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1992⁷².

Traslado de restos, por alegar el Ayuntamiento caducidad de la sepultura, aunque estaba al corriente en el pago de las tasas. El Ayuntamiento ha incurrido en un supuesto de responsabilidad patrimonial.

k) Construcción extralimitada: invasión de terreno colindante

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de marzo de 1995⁷³.

Se produce la invasión del terreno colindante al construir un edificio funerario. Se plantea la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria. La Sentencia impugnada desestima la demanda, por cuanto afirma que falta el requisito del justo título de dominio ya que el terreno del cementerio por pertenecer al dominio público es inalienable y no susceptible de propiedad privada.

La Audiencia Provincial apunta que el Código Civil en el artículo 334.10 señala que las concesiones administrativas son bienes inmuebles, susceptibles por tanto de propiedad y consecuentemente de reivindicación. Las controversias suscitadas entre particulares no podrán afectar al dominio público municipal, pues tales derechos privados no son equiparables a la propiedad del suelo que pertenece a la entidad local, aunque el dominio público haya sido objeto de una concesión particular para su uso privativo.

l) Distancias entre el cementerio y los núcleos de población: vienen establecidas en Decretos

- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1990⁷⁴.

La argumentación de los recurrentes se centra en el incumplimiento del régimen de distancias que para la instalación y ampliación de cementerios establecía el Decreto por el que se regu-

⁶⁹ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Esteban Álamo. *A.R.J.* 1992, 3399.

⁷⁰ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata Pérez. *A.R.J.* 1991, 8668.

⁷¹ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Esteban Álamo. *A.R.J.* 1991, 3289.

⁷² Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. Escusol Barra. *A.R.J.* 1992, 729.

⁷³ Ponente: Ilmo. Sr. Muñiz Delgado, *Ar.Ch:Audiencias*, 1995-I, 501.

⁷⁴ Sala 3ª, Ponente: Excmo. Sr. García Estarús. *A.R.J.* 1990, 3415.

⁷⁵ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. pág. 277.

⁷⁶ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. *El sistema funerario en el Derecho Español*, cit. págs. 280 y 281.

lan las condiciones sanitarias de los cementerios en Galicia.

Entra en juego un concepto indeterminado cual es el de los intereses públicos sanitarios, cuya concreción -dice- ha de efectuarse teniendo en cuenta la dispersión de la población y las tradiciones y costumbres del medio rural gallego.

XI. URBANISMO FUNERARIO O LA ARQUITECTURA DEL SILENCIO

Enseña PÉREZ GÁLVEZ⁷⁵ que, a lo largo del siglo XVIII, se produce en Europa y en especial en Francia, como nación dominante, una fuerte transformación en la concepción del cementerio. Nos habla de tres fases o tipos de cementerio:

1º) El tipo de cementerio tradicional cristiano, como lugar cerrado y anexo a las Iglesias.

2º) El tipo de cementerio en el que la concepción cristiana de la muerte cede frente a la concepción panteísta de la naturaleza, apareciendo la concepción sublime de la arquitectura asociada a la muerte.

3º) El tipo de cementerio jardín en su visión pintoresca, el llamado «campo de descanso arcadiano».

En la actualidad⁷⁶, el cementerio es una dotación que requiere especial tratamiento, tanto desde el punto de vista constructivo como sanitario. En relación con la ciudad, el cementerio puede estar distanciado del núcleo urbano, situado en la periferia y en la misma ciudad.

El planeamiento urbanístico ha tratado el problema ya desde el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, Decreto 1346/1976, de 13 de abril. Los Planes Generales de Ordenación Urbana y las Normas Subsidiarias plantean distintas actuaciones sobre el cementerio, desde la integración en la trama urbana hasta su expulsión del ámbito urbano.

El Reglamento de planeamiento para el desarrollo de la Ley sobre Régimen del Suelo, aprobado por Real Decreto de 23 de junio de 1978 estableció que el Plan General definiría el sistema general de equipamiento comunitario que comprenderá todos aquellos centros al servicio de toda la población destinado a usos: administrativos, comerciales, culturales..., sanitarios, asistenciales, religiosos, cementerios y cualesquiera otros que se consideren necesarios para el mejor desarrollo de los intereses comunitarios (art. 25.1.d).

En el R.P.S.M. de 1974, desde la perspectiva urbanística, los cementerios constituyen un equipamiento más de la comunidad, de modo que los municipios están obligados a determinar la zona o zonas destinadas a cementerio, al elaborar los nuevos planes de urbanismo (art. 49).

La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, no introdujo alteraciones al sistema de competencias locales en materia de urbanismo: los cementerios son equipamientos locales.

La Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, no cita expresamente los cementerios, pero pueden considerarse incluidos en la expresión «centros y servicios de interés público y social.»

La vigente Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones no contiene especialidad alguna.

XII. LOS CEMENTERIOS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. La inscripción de los bienes de dominio público

Entre los textos básicos de la legislación registral sobre la materia, deben citarse el art. 2.6º de la Ley Hipotecaria y el art. 5º de su Reglamento. Aunque

este último ha sido sustancialmente modificado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (B.O.E. 29 septiembre 1998) -como veremos más adelante-, parece oportuno partir del texto anterior, para un mejor entendimiento de la evolución de la legislación hipotecaria sobre la inscripción de los bienes de dominio público.

El Reglamento Hipotecario exceptuaba de la inscripción, en su art. 5º: «1º. Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio. 2º. Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial.»

La revisión de este precepto y la tendencia a generalizar la inscripción de los bienes de dominio público, ha seguido una continua línea ascendente.

El VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1984)⁷⁷, adoptó entre sus Conclusiones la siguiente: «Si bien la naturaleza de los bienes de dominio público se haya garantizada en sus leyes reguladoras, las Administraciones Públicas pueden considerar de interés su inscripción, para la protección de su régimen jurídico».

Señalaba GARCÍA GARCÍA⁷⁸, al comentar el texto anterior del art. 5º del Reglamento Hipotecario, que el número 1º se refiere exclusivamente a los bienes demaniales del art. 339 del Código Civil, cuya enumeración no es exhaustiva, sino muy restringida en cuanto a bienes de servicio público: «... murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas mientras que no se otorgue su concesión.»

La Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 da mayor amplitud a los bienes demaniales de servicio público, pues incluye entre ellos los edifi-

cios en que se alojen órganos del Estado, que son inscribibles, según el art. 57 de dicha Ley.

Por su parte, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, prevé en su art. 13.2 la inmatriculación por la Administración del dominio público marítimo-terrestre.

En cuanto al número 2º del hoy derogado art. 5º del Reglamento Hipotecario, relativo a los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público, hay que observar que el Reglamento de Reparcelaciones de 7 de mayo de 1966 arbitra ya (art. 30) la posibilidad de inscripción de la cesión de terrenos al Ayuntamiento, incluyendo los destinados a dominio y uso público municipal.

En todo caso, son inscribibles los bienes de servicio público y los patrimoniales⁷⁹.

Actualmente, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, dispone en dicho art. 5º: «Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial».

El art. 36.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales dispone: «Las Corporaciones Locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, de acuerdo con lo previsto en la legislación hipotecaria.» Sin hacer distinciones.

El art. 2 del R.B.E.L. clasifica los bienes de las Entidades Locales en bienes de dominio público -de uso y servicio público- y patrimoniales. Y en el art. 4º determina que son de servicio público «los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades Locales, tales como... cementerios...».

En la legislación urbanística no hay ninguna limitación a la inscripción de los bienes de dominio público. Los artículos 307 a 310 del T.R. de 26 de junio

⁷⁷ Puede verse MANZANO SOLANO, A. *Derecho Registral Inmobiliario*, Volumen I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 116.

⁷⁸ GARCÍA GARCÍA, J.M. *Diccionario de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2ª edición. Civitas, Madrid, 1990, págs. 124 y ss.

⁷⁹ Resolución de la D.G.R.N. de 24 de noviembre de 1964, A.R.J. 1964, 5925.

de 1992 (que siguen vigentes, según la Disposición Derogatoria Única de la actual Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998), contienen normas generales sobre los actos inscribibles derivados de expedientes de actuación urbanística, sin ninguna particularidad.

Por el contrario, el art. 307.2 declara expresamente inscribibles: «Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes...» que, ciertamente, pueden serlo de terrenos destinados a viales u otros fines, sistemas generales o locales, etc., que se desarrollen sobre bienes calificados o calificables de dominio público.

El Real Decreto 1093/1997 sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística:

- Declara inscribibles, en general: «Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento en cuanto suponga la modificación de fincas registrales afectadas por el Plan...» (art. 1º.1).

- Al regular la inscripción de los proyectos de equidistribución (art. 4º), dispone: «Fincas y derechos sujetos. Quedarán sujetos al procedimiento de equidistribución que resulte aplicable, las fincas, partes de fincas o derechos de aprovechamiento urbanístico comprendidos dentro de los límites de la unidad de ejecución...»

- Entre los requisitos que deben contener los títulos inscribibles, solo se recoge la necesidad de «descripción de las fincas de resultado...» (art. 7.8º), pero no la concreción de su naturaleza pública o privada, si bien ésta resulta del documento y planos, por la definición de los respectivos usos.

- Por último, se dedica el Capítulo IV a la «Inscripción de cesiones obligatorias» en el que se dispone que «los terrenos que en cumplimiento de las Leyes haya de ser objeto de inscripción obligatoria se inscribirán a favor de la Administra-

ción actuante y para su afectación al destino previsto en los planes de ordenación...» (art. 29). Y cuando la inscripción de estos terrenos se haga mediante certificación del órgano actuante, debe consignarse en la misma la «especificación de su destino» (art. 31).

En la reciente reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998, se corrobora lo que venimos diciendo, al establecer (art. 6): «Si un inmueble de propiedad privada adquiere la naturaleza de un bien de dominio público», se hará constar esta circunstancia en la inscripción del título de expropiación, deslinde, cesión obligatoria o cualquier otro del que resulte tal condición»

2. Los actos inscribibles de cementerios y sepulturas

Aceptada, como tesis general, la posibilidad de inscripción de los bienes de dominio público en los términos reseñados, pueden señalarse determinados supuestos específicos de inscripción relativos a cementerios y sepulturas.

Otros argumentos favorables a la inscripción de cementerios y sepulturas, se encuentran en la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y se han recogido ya.

Nos limitamos ahora a indicar los que pueden ser supuestos más habituales sometidos a la publicidad registral institucional, conforme a las normas aplicables en cada caso.

1º) La inscripción del cementerio a favor del Ayuntamiento, como inmueble de dominio público destinado a un servicio público: el servicio público funerario.

2º) La inscripción de la concesión administrativa del servicio público funerario, como tal concesión, o derecho real administrativo.

